PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION, CORRESPONDIENTE DE LA DE ESPAÑA

EL DELITO DE GIRO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

Breves comentarios sobre el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por el Socio de Número

LIC. PAULINO MACHORRO NARVAEZ

MEXICO, 1943

Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, Correspondiente de la de España
Imprenta:
Domicilio: México, D. F.
Año:

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION, CORRESPONDIENTE DE LA DE ESPAÑA

EL DELITO DE GIRO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

Breves comentarios sobre el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por el Socio de Número

LIC. PAULINO MACHORRO NARVAEZ.

MEXICO. 1943

EL DELITO DE GIRO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

Breves comentarios sobre el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, presentados a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la de Madrid, por su Socio de Número, Lic. Paulino Machorro Narváez

A iniciativa del Lic. Belisario Becerra, acucioso e inteligente Director de la revista de jurisprudencia "Los Tribunales", la Junta de Gobierno de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, Correspondiente de la de Madrid, acordó que la docta Corporación se ocupara en estudiar el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo relativo al delito de giro de cheque en descubierto; precepto cuyo sentido jurídico no ha sido fijado aún en forma definitiva, dándose lugar a interpretaciones diversas con perjuicio de la finalidad misma de la ley, que es la firmeza y garantía del título de crédito. La Junta de Gobierno se dignó designar al que subscribe para que presentara una breve exposición que sirviera de base al estudio del tema por la misma Academia; en obsequio a ese requerimiento, hice

el comentario que va a continuación y que, como es natural, se resiente de las limitaciones personales del autor y de la brevedad de tiempo de que dispuso.

* * *

Enfocando la atención sobre el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden captarse varios problemas:

A.—¿Introdujo ese precepto en nuestro derecho punitivo un especial tipo de delito o estableció un nuevo caso de fraude, agregado a los que enumeran las tres fracciones del artículo 386 del Código Penal y, en consecuencia, forman parte o no de los elementos constitutivos de este delito especial de giro de cheque en descubierto todos los elementos del fraude? o, lo que es lo mismo, basta para integrar el delito que se cumplan objetivamente los términos del artículo 193 de la Ley Tit. y Op. de C. o es necesario el elemento subjetivo del dolo?

B.—¿La referencia que se hace, en el artículo 193 mencionado, a la pena aplicable, al decir "El librador sufrirá, además, la pena del fraude si el cheque no es pagado... etc." es bastante para satisfacer la exigencia del artículo 14 constitucional de que la pena sea establecida por una ley exactamente aplicable al caso o sea lo que en la dogmática del derecho penal se llama el principio de la legalidad de las penas?

C.—¿Este delito es de competencia federal o local?

La primera de esas cuestiones es la que presenta mayores dificultades y en ella me ocuparé con mayor extensión, dando a las otras dos un carácter complementario.

Los elementos que pueden utilizarse para la interpretación del artículo 193 de la Ley de T. y O. de C. son los siguientes: Los términos del propio artículo en sus dos incisos: el espíritu o tendencia general de esa ley, en lo relativo a la autonomía jurídica de los títulos de crédito: los sistemas de los Códigos Penales de 1931 y 1871 respecto al delito de fraude por giro en descubierto: la doctrina penal sobre dolo.

* * *

El artículo 193 dice textualmente: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso, la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque.

El librador sufrirá, además, la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado".

El artículo contiene dos partes; en la una establece la responsabilidad civil del librador de cheque en descubierto; responsabilidad general, solamente condicionada por la presentación en tiempo y por el resultado de no ser pagado, como circunstancias objetivas, y por el requisito de que la causa de la falta de pago sea imputable al girador. En la segunda parte se establece una responsabilidad penal, que no es ya general, como la civil, sino que se limita a solo tres motivos de la falta de pago: que el librador carezca de fondos, que retire los que te-

nía al girar o que no tenga autorización para expedir cheques. La responsabilidad penal queda así condicionada por los mismos elementos que la civil: el resultado y la imputabilidad al girador de la causa del no pago, pero, además, por otros factores nuevos; ya no producen responsabilidad penal todos los casos de giro no pagado por causa imputable el girador, sino que es necesario que esa causa sea una de las tres mencionadas en la segunda parte del precepto.

Entre los dos incisos del artículo hay un nexo gramatical que corresponde a un nexo ideológico; es el adverbio "además" que indica, a la vez que un aumento en la gravedad de la responsabilidad de civil a penal, la permanencia del sujeto en quien se opera el cambio de la cantidad de un atributo; este término "además" quiere decir que a la responsabilidad civil que establece el primer inciso, se agregará la responsabilidad penal que este segundo inciso arroja sobre el librador; pero también significa que el librador de quien trató en un primer supuesto, imponiéndole la obligación de indemnizar, es en su caso, el mismo a quien en un segundo supuesto impone la pena del fraude; en los tres casos del último inciso sufrirá la pena, y además, resarcirá los daños y los perjuicios como se había dicho antes; el sujeto de derecho persiste a través de ese aumento de responsabilidad; sobre el mismo sujeto recaen la responsabilidad civil y la penal. De ello se deduce que las características del evento, contenidas en la primera parte del artículo, condicionan el caso de la segunda; y la imputabilidad al girador, de la causa del no pago, es la que nos importa traer a la segunda parte, para tener el concepto íntegro del delito, porque las otras dos: la presentación y el no pago están repetidas en el párafo final.

Los elementos del delito de libramiento de cheque en descubierto son, por tanto: A.—el acto de expedición;

B.—la presentación en tiempo, como un presupuesto, y el resultado de no ser pagado; C.—la imputabilidad al girador, de la causa del no pago; D.—que esta causa sea una de las tres que expresa la segunda parte del artículo 193: no tener fondos al expedirlo, disponer de los que tiene o carecer de autorización para girar. De esos cuatro elementos, el B., o sea el resultado de la acción, que es con lo que se consuma el delito, aunque ya independientemente de la actividad del agente, pudiera parecer a primera vista extraño a nuestro derecho penal y, y de hecho, ha dado lugar a interpretaciones erróneas.

La condición de que se verifique un resultado o sea el que no se pague el cheque, salvo el caso de conocimiento pleno de ese resultado, lo que acabaría con nuestro problema, que precisamente surge de la falta de aceptación voluntaria y aun de conocimiento del resultado, la condición de que este se verifique, repito, eso puede ser un caso de preter-intencionalidad no específica, regida por el artículo 9. II. del Código Penal que exige para la existencia del dolo la previsión o la previsibilidad, cuando menos el dolo eventual. El Código de 1871 estaba en iguales términos que el vigente que dice: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario... La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusador pruebe alguna de las siguientes circunstancias... (Frac. II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado" (dolo eventual).

De esto se desprende que la no previsión del resultado o la no previsibilidad de él son, cuando no se trata de

una consecuencia necesaria y notoria, exculpantes, por la falta del dolo; impiden al delito integrarse

Esta clase de delitos que se completan con su resultado, de suerte que mientras éste no se produce, no están satisfechos los requisitos de responsabilidad, no son extraños, a nuestro derecho punitivo y a ellos hizo referencia el señor Jiménez de Azúa en una de las interesantes conferencias sobre la dogmática del delito que sustentó en el Generalito de la Universidad Nacional. En estos delitos la actividad del agente se ha manifestado ya en toda su expresión, se ha agotado; el agente no pone ya un mínimo de esfuerzo, pero, no obstante, por efecto de factores que intervendrían en el tiempo requerido por la ley penal, se obtendrá un resultado que es necesario para que haya delito; antes no había aun delito, porque, objetivamente, el resultado debe concurrir para integrarlo; y ese resultado puede llegar o no, dependiendo de factores extraños al agente el que se realice. El acto criminoso viene a ser a manera de proyectil de tiempo que, una vez disparado, dilata en explotar y aun puede suceder que no explote o bien, aun explotando, que pueda producir este daño o el otro según la disposición del blanco. En el Código Penal encontramos, como delitos que se integran por el resultado más o menos lejano, los siguientes: en Traición, la destrucción de señales fronterizas con otra nación, **"si sobreviene la guerra a causa de esa acción"** (art. 124.I); la solicitud de intervención extranjera, **realizada posteriormente** (art. 124-IV); la invitación a invadir el territorio nacional, **si se produce tal resultado;** en Falsedad, el falso testimonio en juicio criminal, contra el acusado, **cuando a la declaración se le da valor probatorio en la sentencia** (art. 247-II); en Amenazas, la consecución de lo que el agente se propuso por medio de aquellas (Art. 284 ; en Calumnia judicial o real, el logro del fin dañado del delincuente, **cuando la sentencia irrevocable es condenatoria del calumniado,**

siendo de recordar el artículo 359 según el cual el ejercicio de la acción por calumnia se suspende, si hay proceso por el hecho imputado, **hasta que concluye ese juicio penal y se conozca la falsedad del cargo calumnioso;** y, tratándose de lesiones y homicidio ¿qué otra cosa son sino resultados que, con su realización futura en el mundo objetivo, vienen a integrar el delito y a dar la medida de la pena independientemente de la actividad presente? y el tiempo de curación, la pérdida de un miembro, etc., y aun el plazo de sesenta días dentro del que es necesario que se verifique la muerte del ofendido para que haya delito de homicidio, no son resultados muy posteriores a la acción criminosa, que viene a integrar el delito?

Así, en este delito de giro no pagado; aun después de extendido el cheque, hay que esperar para que se integre el delito a que el documento sea presentado en tiempo y no sea pagado, cosa esta última que puede suceder, como es lo más probable, pero que también puede no suceder, sino que acontezca que se pague el cheque por múltiples causas, por ejemplo, porque el girador haya acudido oportunamente a hacer la provisión de fondos o porque el girado quiera honrar la firma del girador o porque una circunstancia oportuna provea a éste de fondos, como si se recibiera por el girado orden de otra persona de cubrir al girador una cantidad en pago o en provisión de giro que después hará el tercero o por cualquier otro motivo.

Todavía, sin salir de los términos del artículo 193, encontramos un elemento importante para su interpretación: que la causa de que no se pague el cheque deba ser imputable al que lo expidió. Desde luego, hay que fijar el sentido en que fue tomado ese término "imputable" por el mencionado artículo 193; porque no puede atribuirse el significado corriente en la dogmática del de-

lito, que describe así Cuello Calón: Dícese que un hombre es imputable cuando tiene capacidad para responder ante el poder social de un hecho determinado, la imputabilidad presupone la existencia de un mínimum de condiciones psíquicas y podría definirse como la capacidad para responder ante el poder social por los hechos realizados "... Todos los que no sean locos ni menores y obren sin coacción física ni moral, son imputables". (Derecho Penal 250). La seriedad de las operaciones comerciales, ejecutadas dentro de una situación normal, que es en la que se colocan las leyes civiles y comerciales, que nunca mencionan entre los elementos de los contratos la imputabilidad, que ya quedó en el sentido expuesto, inclusa en el elemento de capacidad de los contrayentes, haría inútil y aun trivial el uso del término "imputable" en el sentido de que el girador del cheque no esté loco ni ebrio ni sea un infante.

Substitúyase en el artículo 193 el término "imputable" por ese significado de capacidad jurídica penal y se verá cómo aparece aun ridículo que el legislador se hubiera preocupado de semejante cosa, que es uno de los elementos primordiales, casi perogrullesco, de todo acto jurídico. El art. 193, así redactado, diría: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa que no fuere la de estar loco el librador o ser un infante menor de catorce años... etc." No podemos, dentro de la cordura de un intérprete de la ley, admitir la posibilidad de tal substitución y, por consiguiente, tampoco podemos dar al concepto "causa imputable al librador" el significado de exigir la capacidad jurídica.

El Código Penal vigente no es extraño al uso de los vocablos "imputado" "imputación" en sentido distinto del técnico, de capacidad jurídica; y así, al tratar de los delitos de difamación y calumnia encontramos los artículos siguientes:

Art.—351. Al acusado de difamación no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación sino en dos casos... Art.353. Lo prevenido en la fracción última del artículo anterior no comprende el caso en que la imputación sea calumniosa o se extienda a personas extrañas al litigio... Art.—343. El injuriado o difamado a quien se impute un delito determinado que no se pueda perseguir de oficio podrá quejarse de injuria, de difamación o de calumnia... Art.—355. No servirá de excusa de difamación, ni de calumnia que el hecho imputado sea notorio... Art.—357. Aunque se acredite la inocencia del calumniado o que son falsos los hechos en que se apoya la denuncia, la queja o la acusación, no se castigará como calumniador al que las hizo, si probare plenamente haber tenido causas bastantes para incurrir en error. Tampoco se aplicará sanción alguna al autor de una denuncia, queja o acusación, si los hechos que en ellas se imputan... Art.—358. No se admitirá prueba alguna de su imputación al acusado de calumnia... Art.—359. Cuando haya pendiente un juicio, en averiguación de un delito imputado..."

El Código Penal de 1871, además de en estos casos, usaba el verbo imputar y sus derivados en el artículo 735 sobre el delito de falsedad: Cuando el delito imputado tenga pena corporal... Cuando la pena señalada al delito imputado tenga pena corporal... etc.

En estas disposiciones legales aparece evidente que "imputación", "imputado" no se refieren simplemente a la capacidad del ofendido ni menos a la del ofensor para ser sujeto de derecho penal, sino que indican algo más o sea la atribución del hecho a determinado sujeto, la aseveración de que él cometió el acto o que sostiene en su personalidad la característica respectiva, es decir, que exista el nexo de causalidad entre el hecho y la persona.

Eliminada la connotación del término "causa imputable al girador", en el sentido propio de capacidad jurídica penal, veamos en qué otro sentido pueden tomarse esas palabras al parecer tan sencillas, pero que dan lugar a una verdadera dificultad para el intérprete de la ley. El Código Penal vigente y su antecesor no sólo históricamente, sino también en ideología y aun en redacción, sobre todo en la parte especial que trata de los delitos, que es el Código Penal de Martínez de Castro, emplean, como acabamos de comprobar, el verbo imputar y sus derivados imputado, imputación, en un sentido que parece es el causalidad. Y, viniendo al artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos preguntarnos si "causa imputable al girador" está tomada en el sentido de que el motivo por el cual no se pague el cheque deba ser un acto ejecutado por el mismo girador o sea que esas palabras se refieran al nexo de causalidad.

El primer inciso del artículo da el término genérico: "causa imputable al girador" y de ella desprende la responsabilidad civil de resarcimiento; el segundo inciso toma, del acervo indefinido de actos imputables al girador, tres de los que hace derivar la responsabilidad penal; esos tres casos no pueden ser lógicamente sino especies del género, casos determinados de la imputabilidad que deben tener todos los motivos de no pago para producir la responsabilidad de quien giró el cheque; responsabilidad que, en la generalidad, se queda en la esfera civil, del primer inciso, pero que, en la especialidad de los tres casos del segundo inciso, traspasan los límites del derecho privado y producen, además de la responsabilidad civil, la penal. Y, por esto, el término "imputable" debe ser interpretado en un sentido que permita comprender en su significación general, el sentido de los tres casos speciales.

Si en el segundo de los casos de responsabilidad cri-

minal que establece el art. 193, el de haber retirado los fondos antes de la presentación del cheque para su pago y después del libramiento, se trata de un hecho personal, de causalidad necesaria por el girador, clarísimamente incluido en la "causa imputable" de la primera parte del artículo, en cambio, los otros dos casos, que son carecer de fondos o de autorización para girar, tienen naturaleza negativa, que no es siquiera la de omisiones del girador, sino tan solo la de condiciones de hecho, de carácter objetivo respecto del librador, que no están situadas en el plano de la causalidad de éste; él podrá saber que carece de fondos o de autorización para expedir esa clase de documentos, pero él no ha creado esas situaciones, salvo el caso de retiro de los fondos a que se refiere la primera situación; ellas existen fuera del campo de su actividad, quizá contra su voluntad, pero en todo caso, sin que sea necesaria la intervención de él para que se realicen. Que una persona no tengan fondos en un Banco determinado no es circunstancia hija de su actividad: puede ser que no los tenga porque los ha retirado y este es el caso segundo de los que menciona el artículo 193, pero los casos primero y tercero son distintos de éste y deben tener sus elementos propios. Si no tiene fondos simplemente porque nunca los ha llevado a depositar en ese Banco, como no los ha llevado a ninguno de los demás de todo el Universo, cuya existencia aun ignora, ¿puede decirse con seriedad que se trate de un hecho que tenga nexo de causalidad con aquella persona? Son nada más situaciones de hecho, no situaciones jurídicas, fuente de obligaciones y derechos y que debieran ser consideradas por los legisladores para darles efectos jurídicos, para nuestro objeto, efectos penales de causalidad. Si estas circunstancias son meramente objetivas y se realizan fuera del girador, entonces la imputabilidad, en el sentido de causalidad, que es relación de sujeto a resultado, no podría aplicarse a las condiciones primera y tercera de la segunda parte del artículo 193; y resulta que im-

putabilidad, en el artículo 193, no funciona como indicando el nexo de causalidad entre el agente y la falta de fondos con que deba ser pagado el cheque.

No queda entonces otro camino que el de tomar "causa imputable" en el artículo 193, por "causa culpable"; lo cual, vale tanto, dada la presunción legal del dolo, como "motivo doloso". Ahora bien, conforme a las reglas generales del Código Penal respecto del dolo, puede rendir el indiciado la prueba de ignorancia del hecho y, aun lo que es más, la de su imprevisibildad por el propio agente; por supuesto, con las limitaciones que se desprenden del artículo 9o. del Código Penal.

* * *

Esta cuestión del dolo en el delito de giro en descubierto es el verdadero centro de las dificultades de interpretación y aplicación del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Aunque su examen nos ha hecho encontrar su sentido jurídico penal, no hay que desconocer que, de hecho, la jurisprudencia anda por otros caminos.

Los tribunales que han intervenido en las contiendas jurisdiccionales, que son los casos en que con más frecuencia se ha discutido el artículo 193, han visto el problema de la interpretación de dicho artículo desde un punto de vista limitado; y por ese motivo, sus razonamientos se resienten de cierta debilidad que los hace aparecer inconsistentes aun cuando la resolución o sea la conclusión del razonamiento sea justa. Se refieren única y exclusivamente a la concordancia del repetido artículo 193 al decir "...sufrirá, además, la pena del frau de..." (el librador en descubierto) con el 386 del Código

Penal e intentan dilucidar si en este fraude especial son exigibles los elementos del fraude, en general, dolo específico, engaño, o si basta que se cumplan los términos del artículo 386 en su sentido material (así se desprende de lo expuesto por la Procuraduría General de la República).

Ante todo, hay que llamar la atención hacia una especial concepción del fraude, que establece el art. 386 del C. P. según la cual no hay dolo específico en los casos que enumera el artículo en sus fracciones de la II a la XIII sino solamente en el caso de fraude general a que se refiere la fracción I. Y esto nos lleva a dedicar alguna atención a la equivocación que sufrió la técnica del Código Penal de 1931 al referirse al fraude. Al efecto, recordaré la técnica del Código de 1871 al mismo respecto, marcando brevemente las consecuencias de uno y otro sistemas.

El Código de Martínez de Castro daba en su artículo 413 una definición del fraude, diciendo: "Hay fraude siempre que, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace otro ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido, con perjuicio de aquél"; y esa definición, colocada al principio de la legislación sobre el delito de fraude, regía a toda ésta, es decir, los elementos que la definición daba al fraude, deberían exigirse en los casos especiales que venían legislados en lo que seguía del capítulo, así el engaño, el aprovechamiento ilícito del error, el lucro indebido, deberían presentarse en los casos concretos de fraude; esa fué la tradicional concepción de este delito. Mas tal técnica fue cambiada por el Código de 1931, que, por principio de escuela y de acuerdo con los postulados modernos, intentó suprimir las definiciones; y hasta allí todo iba bien dentro de la norma adoptada. Pero, encontrando la Comisión quizá razonables las definiciones del Código de

1871 y sintiendo la necesidad de fijar el tipo general de un delito, para luego detallar los casos especiales, evitándose la repetición de elementos generales, admitió muchas definiciones de delitos tales como las había asentado Martínez de Castro; así en el robo, en delitos contra el honor, en peculado, en traición, en homicidio, etc. En algunos casos la cosa no pasó de esa incongruencia con sus postulados teóricos; incongruencia que en muchas ocasiones se quiso velar con un cambio de redacción, ya que en vez de decir: el delito fulano consiste en tal cosa, se dijo: comete el delito fulano el que hace tal cosa, y aquí la definición del Código de 1871; también se acudió en ocasiones a colocar el artículo definidor o tipificador en segundo lugar o sea después del que fijaba lisa y llanamente la pena. Pero en algunos delitos de muchas modalidades, como la traición, se siguió otra técnica, consistente en asentar en un primer artículo la definición del delito, tal como la había dado el Código de 1871, y, en seguida, para lavarse de la culpa de dar definiciones, se hizo de la que se había dado en el artículo general, un delito especial, uno de los tantos casos en que se puede delinquir en tal materia; y al efecto, se dijo en el artículo 124 que detalla los casos de traición: "Se impondrá prisión de ocho a treinta años y multa de mil a diez mil pesos por **el delito previsto en el artículo precedente** (el que había dado la definición o cosa parecida) y, además, en los casos siguientes: y aquí la enumeración por fracciones de los casos especiales. Al tratarse del fraude, se hizo con más economía de palabras y, en vez de redactar el artículo genérico, definidor, para luego hacerlo un caso especial de delito, quitándole su carácter de definición que regía a todos los casos especiales, tal y como se había hecho al ocuparse de traición, aquí, en fraude, se omitió el artículo genérico y se hizo del contenido respectivo del Código Penal de 1871 una de las tantas fracciones de tipos especiales, independientes unos de otros, de los fraudes concretos, del artículo

386; de lo cual resulta que los caracteres genéricos del fraude no son exigibles en los casos de las fracciones II a XIII del artículo 386, porque la fracción primera que marca esos caracteres no rige a las fracciones expuestas, por ser cada una independiente de la otra y fijar un tipo distinto de delito.

El sistema sobre dolo en caso del art. 193 viene de otra parte que no de su adaptación al art. 86-IV del C.P. a saber, del art. 6o. del mismo Código, que establece que a los delitos creados por una ley especial les son aplicables las disposiciones conducentes del repetido Código. Esto quiere decir que el giro de cheque en descubierto no se rige exclusivamente por dicho artículo 193, su ley especial, sino que las disposiciones generales del Código Penal, también deben aplicársele; y entre esas disposiciones se encuentra el art. 9o.-II que determina casos de no presunción de dolo aplicables al delito especial del art. 193 de la Ley de Tít. y Op. de Crédito; dice la fracción II del art. 9o.: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

"La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

"Frac.—II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado." En uno de estos casos la relación objetiva, de consecuencia necesaria, entre el acto y el resultado y, en el otro, la previsibilidad del resultado delictuoso impiden al error alegado por el agente producir el efecto de aniquilar el dolo por la falta de su ele-

mento intelectual, el conocimiento de las circunstancias de hecho que deben concurrir para dar el tipo del delito; pero, a contrario sensu, cuando no hay relación objetiva necesaria ni previsibildad, el error surte el efecto de eliminar la presunción de dolo, porque el conocimiento es básico para constituir el elemento subjetivo; el error hace inculpable el hecho cuando no ha sido previsible.

Ejemplos de giro en descubierto en que no hay dolo por haber error, podría ser el girar sin tener conocimiento el girador de que le han sido embargados los fondos o sin saber que ha sido removido del cargo en cuyo ejercicio gira o que se ha muerto el poderante.

No obstante la gran trascendencia que tiene el error en la declaración de una conducta culpable y la importancia que le conceden los tratadistas, el Código Penal y, en general, los Código Penales, no lo indican con su nombre propio ni dan un sistema completo sobre tan interesante materia. El Código de 1931 igualmente que el de 1871, le da cabida en la forma negativa, determinando los casos en que no produzca el efecto de destruir la presunción de dolo, pero sin exponer, de una manera franca, cuando sí puede dar ese resultado. Pero es indudable que el conocimiento pleno del acto que se ejecuta, de sus elementos de hecho, de su tipo penal, es necesario para que haya dolo y, por tanto, para que exista un delito.

Todas las definiciones de dolo que han dado los tratadistas y las leyes han considerado el conocimiento, como elemento integrante del dolo, desde el Derecho Romano, cuando Labeon lo caracterizaba como: "calliditas, fallatia, machinatio ad circuveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitan" y, después, el derecho canónico, de cuya definición dice Eugenio Florián que contiene nítidamente enunciados los elementos de dolo: **"Dolus heic est deliberata voluntas violandi legem; eique oponi-**

tur ex parte intelectus, defectus cognitionis et ex parte voluntatis defectus libertatis", hasta las de tiempos más cercanos, la de Romagnosi "el dolo es **la conciencia** de contravenir a la ley cuando se tiene la libertad de no violarla", la de Tolomei: "la voluntad **deliberada** de hacer aquello que se sabe que es malo" y muchísimas más que sería largo e inútil repetir; pero sí recordaremos aún algunos de los tratadistas que más ascendiente han tenido en la dogmática del Derecho Penal. Ya el viejo Ortolán establecía como una de las condiciones de la responsabilidad "la causa **aclarada** sobre el bien o el mal moral de la acción..." y decía que el error hace desaparecer la falta intencional cuando recae sobre los hechos constitutivos del delito; y Cuello Calón dice: La voluntad criminal o dolo está constituído, afirman los penalistas clásicos, por la concurrencia de la inteligencia y de la voluntad, es decir, el hecho delictuoso ha de haber sido no sólo querido **sino previsto**... El error de hecho, a diferencia del error de derecho, excluye la imputabilidad, y esto se tiene por tan evidente que la mayor parte de los códigos ni siquiera insisten sobre ello (Derecho Penal-I256-277). Eugenio Florián dice que la noción del dolo es quizá solamente posible: **"como conocimiento** de que la acción que se ejecuta infringe la ley penal"; Ferri sostenía que para la existencia del dolo es necesario que **se tenga la intención** de lesionar un derecho ajeno con un fin antisocial y antijurídico y establecía en el artículo 19-2o. de su Proyecto de Código Penal, como motivo de justificación, (¡de justificación!), el error substancial de derecho o de hecho, que no se derivara de negligencia; el jurista alemán Lizt exige para el dolo la previa representación del resultado en el ánimo del agente y, según Beling, se requiere la conciencia de la ilegalidad del hecho. Es, pues, unánime la doctrina en el sentido de que el conocimiento de la ilicitud constituye uno de los esenciales elementos del dolo, estando el otro representado por la libertad del agente.

Es inconcebible que el artículo 193 de la Ley de Operaciones y Títulos de Crédito haya pretendido estructurar un delito sin dolo o, lo que es lo mismo, sin uno de sus elementos esenciales, el conocimiento de que no se tenían fondos disponibles para que el librado pague el cheque, colocándose, con esa extraña doctrina el artículo 193 citado frente a la concepción ya no solamente tradicional ni secular sino milenaria del dolo. Una excentricidad tan notable no puede atribuirse a un legislador; por lo menos, si se le atribuye, puede exigírsele que lo hubiera declarado y aún que hubiera dado sus razones o sus sinrazones.

* * *

Pudiera objetarse que, por no haber mencionado el artículo 193, la falta de conocimiento por el girador de su propia situación, habría tratado de constituir el delito únicamente por sus elementos materiales, por los hechos físicos; pretendiendo corroborar tal interpretación con la concepción, que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito introdujo en nuestro derecho sobre esa clase de documentos, al reputarlos independientes de la operación comercial que les da origen, atribuyéndoles un valor y una condición jurídica propios, en relación con su valor económico y con la firma que la autoriza; una especie de moneda que circule sin peligros de ser desvalorizada por una objeción cualquiera, como la nulidad del contrato originario u otra análoga. Pero sobre este punto, en que está el ariete del sofisma interpretativo, hay que hacer dos consideraciones: la una, que esa tendencia de la Ley de Tít. y Op. de Crédito nada tiene que ver con la responsabilidad penal del librador y la otra, que el silencio del artículo 193 de la Ley de Tít. y Op. de Crédito respecto del elemento dolo y ante todo, del dolo específico del fraude, da en Derecho penal un resultado distinto que no el

de construir un delito sin el elemento subjetivo del conocimiento.

Como fundamento del pensamiento legislativo respecto a la primera de esas consideraciones, encontramos los siguientes conceptos en la Exposición de Motivos: "En materia de títulos de crédito, la nueva Ley propende, en primer término, a asegurar las mayores posibilidades de circulación para los títulos y, en segundo término, a obtener mediante esos títulos la máxima movilización de riqueza compatible con un régimen de sólida seguridad." . . . A fomentar la circulación de los títulos de crédito tiende, sobre todo, la concepción de éstos como instrumentos autónomos del acto o contrato que les dé origen, es decir, con vida propia y, por tanto, capacitados para garantizar al tenedor de buena fe independizado el ejercicio de su derecho, de los defectos o contingencias de la relación fundamental que dió nacimiento a tales títulos. A este mismo fin se orientan ls facilidades de transmisión y la rapidez y ejecutividad de las acciones concedidas al tenedor del título."

El cambio en el sistema legislativo fué, por tanto, el siguiente: en la vigencia del Código de Comercio, en lo relativo a documentos a la orden, se requería que se expresara la operación mercantil de que procedía el documento, así, un préstamo, una compraventa, etc., y de esa exigencia resultaban dos consecuencias: que si no se expresaba la operación mercantil de origen, el documento no estaba completo y, además, que si la operación real, de origen, no era la expresada en el documento, tal operación no había sido de naturaleza mercantil, el documento adolecía de un defecto y no era comercial, porque, se decía, la operación de origen era la que daba al documento su naturaleza mercantil. En tales condiciones, muy fácil era detener el curso de la acción ejecutiva del tenedor del documento, quedando éste como civil y sujeto a juicio ordinario. Y aquí entra la novedad de la Ley de Tít. y Op.

de Crédito; rompió esa liga entre el documento y la operación de que procediera, eliminando, así, aquella inseguridad del sistema del Código. La exposición de Motivos no autoriza a ir más allá; no dice otra cosa que esta: "tiende sobre todo, la concepción de éstos como instrumentos autónomos del acto o contrato de origen, etc." es decir, solamente efectos de derecho privado, dentro de la esfera contractual. El documento, aun dado en pago de una obligación civil, la de alimentos, por ejemplo, no queda ligado con un cordón umbilical a dicha relación jurídica; es autónomo, tiene vida propia. Pero, tener vida propia, en derecho comercial, contractual, no puede significar que se altere la naturaleza del fenómeno penal que puede surgir de esa vida propia y que es esencialmente distinto de la relación contractual. Esta consideración que afecta a la relación del documento con el contrato que lo origina y que es lo único a que se refiere la Exposición de Motivos, no autoriza para salir de la esfera contractual y dar por alteradas las condiciones genéticas del delito; hacerlo es formar una construcción jurídica por mayoría de razón que peca contra las normas teóricas y constitucionales de nuestro Derecho penal.

Por lo que ve al silencio del artículo 193 sobre el elemento del dolo en el delito de giro en descubierto, las nociones generales sobre Derecho Penal, el más elemental manejo del Código, nos indican que para exigir en cada delito el dolo como elemento de culpabilidad, integrante del delito, no es necesario que, al establecer ya el tipo especial de responsabilidad penal, se diga que debe el agente haber obrado con dolo, con intención de daño, con el fin de lucrar a costa de otro, etc.; porque el artículo 9o. del Código Penal da la teoría legal del dolo, al establecer como norma general para toda acción delictuosa la presunción de dolo. ¿Dice acaso el artículo 302 del Código Penal o alguno de los que le siguen que para reputar homicida a quien priva a otro de la vida se requiere que haya obrado

con intención dolosa? hace análoga declaración respecto del robo el art. 367 o algún otro? el Capítulo I del Título XIX, que trata del delito de lesiones, menciona como requisitos para que se considere la culpabilidad que el agente haya tenido el ánimo de causar el daño, que haya sabido que la lesión que iba a producir tardaría en sanar más o menos de quince días, que iba a dejar cicatriz visible, a privar del uso perpetuo de un miembro o de la vista? Ninguno de esos preceptos indica la exigencia de ese conocimiento o de tal dañada intención; pero, a pesar de esa omisión, los jueces imponen diariamente sanciones por esos delitos, porque aplican el artículo 9o. y presumen el dolo. No tiene, por tanto, consistencia lógica alguna el deducir del silencio del art. 193 sobre la exigencia del dolo, que dicho artículo cree un delito meramente formal, fuera de la teoría legislativa de dolo.

Ese razonamiento de que, por no mencionar el art. 193 el dolo, no deba exigirse éste en el delito de giro en descubierto, es incongruente con el sistema penal, porque precisamente, cuando se exige expresamente el dolo como elemento de un determinado delito, por ejemplo, la difamación, no se constituye delito por la ejecución material de los hechos, sino que es necesario probar que medió el dolo para que se integre aquél. Esto quiere decir que si el artículo 193 hablara expresamente de dolo, no existiría el delito de giro en descubierto entre tanto no se probara que había existido aquel elemento subjetivo. Los efectos de la exigencia expresa del dolo no son integrar el delito, dentro de la norma sistemática del Código, sino constituirlo en excepción favorable al delincuente; en tanto que no hablar de dolo, coloca al delito dentro de la presunción legal del artículo noveno.

La interpretación que pretende que es delito meramente formal el del art. 193 a causa de no mencionar éste el dolo, va contra el sistema general del Código Penal y contra el espíritu de la Ley de Tít. y Op. de Crédito que

quiere rodear de mayores garantías al cheque, pero al cual, se dejaría a las dificultades de la prueba del dolo, si se hubiera hablado de ese elemento en tal precepto.

Si bien es cierto que el artículo 193 tantas veces mencionado no exige expresamente el dolo, sí contiene elementos de interpretación bastantes para convencer de que no fué extraña al legislador la idea de que quien gira en descubierto y desconoce su situación, no comete delito: esos elementos son el tenor mismo de la segunda parte, al establecer las causas de no pago del cheque, segunda y tercera, o sea que el girador haya retirado los fondos después del giro y que carezca de autorización para girar. Estas circunstancias, por su propia naturaleza, indican el dolo ya que tenía que ser del conocimiento del girador; y ¿por qué se equiparan esos casos con el de no tener fondos, que no es, por razón de su naturaleza, del conocimiento forzoso del girador ya que puede ser debido a causas ignoradas por él, como, por ejemplo, un embargo notificado al girado y no aún al girador? Hay que admitir que las tres causas de no pago deben ser, en concepto de la ley, de una misma categoría desde algún punto de vista; que entre ellas exista un nexo, un elemento común de los que modelan la punibilidad: ya que los hechos materiales son tan distintos, negativos en unos casos, positivos en el otro, de carácter jurídico el tercero, meramente financiero el primero y de ejecución física el segundo; para que la ley les dé el mismo valor penal, es necesario que haya cierta equivalencia en los tres. Pero, siendo tan heterogéneo en sus elementos físicos, hay que buscar más adentro y pasar de la ejecución material al elemento subjetivo, a la intención dolosa; y allí encontramos en el conocimiento del resultado, ese elemento común de penalidad; conocimiento que es notorio en el segundo caso, el de retirar personalmente los fondos con que debía ser pagado el cheque y es presumible, salvo prueba en contrario, según el artículo 9o. del C. P. en los otros dos.

Es contrario a la dogmática del dolo la pretensión de crear ese monstruoso delito sin dolo, sin intención, como si se tratara de actos ejecutados por brutos a quienes no se pregunta para azotarlos a fin de que aceleren el paso, si están de acuerdo con el enemigo que nos persigue.

Pero hay otra consideración de técnica penalista que resta importancia a la omisión del artículo 193 consistente en no limitar la responsabilidad penal del girador en descubierto con la referencia expresa al elemento intencional en su parte de intelectual; y es que la moderna teoría de la tipicidad fija esta en los elementos objetivos del delito y pide sean ellos expresados independientemente de los elementos subjetivos y de valoración; fijar el tipo no es, en consecuencia, dar una definición completa, sino solamente determinar el cuadro físico del delito, dejando los demás elementos para disposiciones posteriores o para la parte general de la ley penal. Y así, el artículo 193 quedaría dentro de la moderna técnica, fijando el tipo, los hechos y sus condiciones objetivas, pero dejando las consideraciones relativas a elementos subjetivos, para la aplicación de los principios generales de la ley penal, salvo el requisito de imputabilidad al librador, que ya está expresado en el artículo 193. No puede, en consecuencia, deducirse de que el art. 193 no menciona el error como causa de inculpabilidad, que la ley pretende que no se le tome en cuenta y que se trate de crear una excepción formalista, sino únicamente significa que la regulación sobre error se deja a la aplicación de los principios generales.

* * *

Resuelta la primera de las cuestiones apuntadas al principio, vengamos ahora a la segunda. Si el Sódigo de 1931 contuviera varias clases de fraudes con pe-

nalidades diversas, estaría explicada la dificultad del intérprete. Al girador en descubierto se le aplicará la pena del fraude; bien, pero ¿de cuál de todos los fraudes que enumeraría el Código? El de 1871 sí daría lugar a esa duda; el de 1931 no, porque respecto de pena sólo contiene el enunciado general del artículo 386; el artículo 388 establece una penalidad menor en razón del valor de lo defraudado, pero de aplicación general; y el 389 se refiere a la modalidad especial denominada estafa, que tiene elementos inconfundibles que pueden encontrarse o no en colaboración con los del art. 193 de la Ley de Tít. y Op. de Crédito. Por lo que, sí están satisfechos por dicho artículo 193 los requisitos del artículo 14 constitucional.

* * *

En cuanto a la competencia federal o local, que es la cuestión que ha motivado el estudio del artículo 193 por los tribunales y su divergencia de opiniones sobre la naturaleza del delito de giro en descubierto, no parece presentar duda alguna, dado el tenor del artículo 104-I. de la Constitución; por tratarse de un delito creado por una ley federal, corresponde conocer de él a los tribunales federales.

* * *

Pueden ya sentarse algunas conclusiones que concreten las ideas expuestas. Primera.—El artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito sí introdujo en nuestro derecho un nuevo tipo de delito consistente en que gire un cheque una persona que no tenga fondos o

que dispare de los que tenía o que carece de autorización para girar.

Primera.—El artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito sí introdujo en nuestro derecho un nuevo tipo de delito consistente en que gire un cheque una persona que no tenga fondos o que dispare de los que tenía o que carece de autorización para girar.

Segunda.—Ese delito no se constituye únicamente por los elementos materiales que establece el artículo 193 ya citado, sino que, dando ese artículo el tipo del delito o sea los elementos objetivos, deben estimarse los elementos subjetivos, entre ellos el dolo, de acuerdo con las reglas generales del Código Penal.

Tercera.—El error sobre una circunstancia no prevista ni previsible elimina el dolo, en razón de la falta de uno de sus elementos esenciales: el conocimiento.

Cuarta.—La autonomía de los documentos comerciales respecto del contrato de origen se refiere a los efectos civiles que el documento opera dentro de la esfera contractual y no afecta a la integración del delito.

Quinta.—En el fraude previsto por el artículo 193 se presume el dolo; pero el error o cualquiera otra causa de inculpabilidad puede ser probada y surtirá los efectos que detetrmina la fracción II del art. 9o. del Código Penal al establecer, en forma indirecta, a **contrario sensu,** que si el daño que resultó no fué consecuencia necesaria y notorio del acto del agente ni este previó de hecho o cuando menos no pudo prever el resultado delictuoso, se destruye la presunción de dolo.

Sexta.—La referencia que hace el artículo a la pena del fraude es bastante para llenar el requisito de legali-

dad de la pena que establece el artículo 14 de la Constitución.

Séptima.—El artículo previsto por el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es de competencia federal.

México, febrero de 1943.

3 0112 105386947